

公平的环境法

刘长兴 著

以环境资源配置为中心



环境法之树文丛

吕忠梅 总主编



法律出版社

LAW PRESS · CHINA



环境法之树文丛

吕忠梅 总主编

公平的环境法

以环境资源配置为中心

刘长兴 著



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公平的环境法:以环境资源配置为中心 / 刘长兴著.
北京:法律出版社,2009.11
(环境法之树文丛)
ISBN 978-7-5118-0069-5

I. 公… II. 刘… III. 环境法学—研究 IV. D912.604

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 194736 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉	装帧设计/乔智炜
出版/法律出版社	编辑统筹/法律教育出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/张宇东
开本/A5	印张/6.5 字数/180 千
版本/2009 年 11 月第 1 版	印次/2009 年 11 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908	
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995	
书号:ISBN 978-7-5118-0069-5	定价:22.00 元
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)	

小树慢慢长

(代总序)

时间是一把筛子，漏走的是岁月，留下的是回忆。

二十多年前，还不知道目标总是在不确定的未来时，埋下了一粒环境法的种子，在期待着环境法树生根、发芽、开花、结果的日子里，拨开重重阻碍与琐碎，一直朝着目标前行。回望时才知道：时间曾经以各种方式来过又走了，一切看上去都平静如水，波澜不惊。

水是千年的风，风是千年的水。

环境法树在昼夜了无痕迹的交替中渐渐生长，静坐在时光的怀里，感觉着根须前行时不屈的努力，觊觎着新枝抽出时专注的神情，触摸着树干伸展时细微的叹息。风吹过，留下一片絮语；雨打来，带走一点落寂。每当我走进课堂，站在讲台上，望着眼前一张张充满着朝气的脸，骄傲与自豪油然而起：因为有你们，环境法才长成了一棵树，一棵有枝枝蔓蔓、有生生不息的活力与动力的树，而不是一根无本之木的电线杆，一根没有枝叶、没有生长的活力与动力的电线杆。于是，总在讲述环境法树的故事，告诉大家，在我的心中，每一个人、每一点进步、每一份成绩都可能成为这棵树上的一片叶子、一朵小花、一个果实。其实，自从有了环境法，什么也不缺，包括快乐、喜悦和欣慰，也没有少了烦恼、皱纹和白发。

从1985年两个人的环境法教研室，到现在的环境资源法研究所，有了自己的硕士点、博士点；从四处找人找钱编一本简明环境法辞典，

2 公平的环境法:以环境资源配置为中心

到目前承担多项国家级、省部级科研项目、地方立法研究项目,有了自己的网站、刊物;从四处寻找合作伙伴,到当下国际国内的邀请不断、交流与合作日益广泛,有了自己的特点、成就。环境法树的年轮清晰可见:1989年,第一个环境法教授受聘,1993年增加了一名环境法副教授;1997年在经济法专业内开始招收环境法方向硕士研究生,2000年环境法硕士点成立,2001年独立招生;2004年,开始在民商法专业招收环境民法方向博士研究生,2005年环境法博士点成立,2006年独立招生。一批又一批的学生,一项又一项的课题,一年又一年的辛勤,环境法树根深了、枝繁了、叶茂了,伸展的枝干有力了,垂下的绿荫成片了,吸收的养分充足了。

小树在慢慢长大,成长的日子充满着不定。

一些曾经的环境法人如今已经远离,一些满怀梦想的淘金者来了又失望而去,一些揠苗助长者成了环境法园地里经常的游客,一些坚守者从来不曾放弃。当今世界,到处充满着诱惑、机遇随时出现在左右、信息以秒为速度在更新,生活在这样的时代里,实在是既万幸也不幸。瞬息万变的机遇、铺天盖地的信息使地球变得越来越小,我们可以站在寂寞的前人肩头上而不必忍受前人的寂寞,却也遭遇了前人绝对不可能想像的喧闹与浮躁,可能成为在信息的汪洋大海中到处碰壁的无头苍蝇,在被误导、被蒙蔽、被扭曲、被抛弃的犹豫、恐惧与彷徨中迷失,与目标渐行渐远甚至背道而驰。在这个时代,面对经常的南辕北辙,要找准目标并且不停前行,我们必须有坚定的信念、坚强的神经与坚韧的毅力。

历史从来都掩藏在现实之中,从事环境法研究和做任何一门事情一样,最需要的是定位。学术研究领域,是一个典型的由认知控制的世界,认知决定着我们的行为。定位的价值不在于完成了多少环境法论著,而在于决定是做学问还是写文章,或者说是为什么写文章。学者与写手的最根本区别与其说是性格,不如说是抱负,毕竟是人各有志。在中国目前的情形下,环境问题备受关注,环境保护已经成为了从政治家到黎民百姓最经常的话题,写一些应景的文章、做一点蒙古大夫开药方的事情、出一两部人云亦云的书十分容易。但是,如果要做学问,就必

须扪心自问:你的文章是写给谁看的,它的寿命应该有多长?五十年甚至一百年以后是否还会有人读这些东西,文章中的思想还可以给后人带来启迪吗?只有想清楚并回答了这些问题,才会有不计得失的勇气,突破思想、情绪、身体的层层包围,让大脑始终保持与真我的联系,不被浮尘、面具所蒙蔽。环境法内功的修炼,就是学术品质、素养、能力、精神的凝聚,选择学界喧闹中的沉静,为环境法的发展挡住诱惑。

做暂时的还是永久的胜者,是一个选择。

每一个进入环境法或者准备进入环境法的人都面临着这种选择,选择本身即是一种态度。做暂时的事情,只要善于抓住一时一事便可,是机会主义者;做阶段性的事情,只要能够看到眼前就行,是实用主义者;做永久的事情,却需要在舍弃中获取,执著于某一件事情,是理想主义者。其实,暂时性的胜利是有限的,因为机会永远公平,你在得到一个机会的同时也失去了另一个机会。阶段性的成功是不可靠的,因为实用的功能总会被时间淘汰。因此,你应该做永久的事情,成为永久的胜利者。学术的辞典中不应该有泡沫,研究的领地里当然要拒绝炒作。

我知道,自己远不足以成为战略领袖,也不可能把任何事情都做得完美。但我明白,可以专注地做一件事情——培养人才,通过自己的言传身教,让他们养成领袖之风、成为栋梁之才。毕竟,人生无轮回,事业有轮回。一个学科的发展、一种学术理论从产生到完善,绝非一个人或几个人、一年或者几年就能完成的事情,尤其是像环境法这样的充满着革命性、交叉性、互动性的新兴学科,有许多理论需要探索,有许多途径需要开辟,有许多方法需要践行,更需要多人的努力、合作与传承。

一个人在黑暗中行走是孤独的,手拉着手一起走才会快乐。

有些事情似乎不容选择,而是宿命,只有时间担当着主角,而命运中的当事者却浑然无所知。环境法树上的枝条与叶子连在一起,成就了勇往直前的力量。在这里,无论先后、不管大小,大家都在同一起跑线上,集中起奋发向上的精神,朝着共同的目标前进。虽然并不是每一步都那么美好,也许并不是每个人都那么合适,但其中的成员都有着一样的热情与信念,愿意参与这份坚持,对自己所做的事情充满热爱,都在努力的学习、认真的思考、踏实的工作、积极的争取。我不断地在提

4 公平的环境法：以环境资源配置为中心

醒自己，所做的一切都是过程而不是结果，是经历而不是成绩。

每一次课题申报，每一次学术会议，每一次论文答辩，同事和学生的投入与热情，时常让我感动。但我却总是不动声色地将表扬藏在心里，毫不留情地把批评告诉他们。只有不断发现问题，才能进步，才不至于被暂时的、阶段性的事情冲昏了头脑，沉湎于自己的兴奋与好感中不能自拔。课题成果完成、毕业论文答辩通过都只是一小步，离目标还有从地球到月球的距离。

环境法树挂果了，等待收获的喜悦掩藏不了也无须掩藏。也许这些果实还有点青涩，尚待成熟；也许它的养分还不够充足，还须汲取。我只想采撷一部分，来请大家品评，其中有近年来环境资源法研究所承担的课题成果，有博士论文和优秀的硕士论文。一个人或一群人的思想试验的结果只有经过众人的评判才可能被认同或被唾弃。环境法树只有在与相关学科和法律各学科不断的交流与相互启迪中，才能获得更丰富的营养，生长得更加茂盛。

推开初冬的窗户，环境法树在夜空里熠熠生辉，我举起心中的希望，邀明月，共皎洁！

吕忠梅

2007年11月22日于宜昌

序

呈现在读者面前的是刘长兴的博士论文,当然,这篇论文在经过答辩后,进行了必要的修改。

本文作者本科毕业后到法院工作过一段时间,因为对理论研究的兴趣重返校园,在我的名下攻读经济法。硕士毕业后再次走向社会,一年后又回到学校研习环境法,博士毕业后辞去了高薪工作,到大学做了教师。其实,一个人有了学术兴趣与理论追求,也就有了幸福与快乐,其他的并不那么重要吧!

这样一位学生,博士论文选择环境法基础理论,是一件再自然不过的事情。

在我看来,每一位博士论文选题,都是一次对导师和学生的考试。于老师,考的是对学生个性与思维的把握、智识与慧根的发现、能力与素养的提升所取得的成绩;于学生,考的是对专业基础理论与知识体系的理解、学术规范与研究方法的认知、综合素质与创造能力的养成所获得的成果。

通常我们说,好的选题是论文成功的一半,是因为在这一阶段的资料收集、基本问题确定、选择观点、综合评价的循环反复中,完成了研究方向、范围、对象的确定。在这个过程中,导师是一个思维激励者,更多的是倾听、指导、帮助,而不是武断地决定、简单地判断,更不能代替学生选择。

现在,学生已经完成了论文,通过了答辩,选题变成了成果。当这个成果即将与众人见面时,我再次通读,并将一点理解与大家分享。

2 公平的环境法:以环境资源配置为中心

中国环境法走到今天,已经超越了环境法是否有存在必要的争论,进入了环境法应当以何面目存在的阶段。当前,环境法学界必须思考的基本问题——无论是环境法进一步发展的需要,还是环境保护实践的日益丰富——都应该是:我们需要什么样的环境法?

作者出于对这一基本问题的关注和思考,从环境法理论的一个新角度——环境法客体——来研究基础性问题。本书的逻辑径路是,环境问题的根源在于环境资源的过度开发和利用,环境法必须以环境资源之开发利用为关注点才能实现环境保护的目标;因此,应该以环境资源为中心构建环境法体系。通过论证,作者最终向我们展示的是一个以对环境资源的分析为基础,以环境公平为理念,以环境资源在人类社会的配置为主线,从环境资源的总量控制和公共管理到初始分配再到个体利用和交易之各项制度的环境法体系。

在这样的理论预设下,作者讨论涉及或者反映了以下几个问题,并以某种形式对于我们需要什么样的环境法给出了答案,即环境法应当是:

——环境的还是法律的?

环境法“不像法律”的问题必须首先解决。我们需要的是作为法律体系之重要组成部分的环境法,而不是环境伦理学、环境科学、环境经济学等多学科之杂合的被法学边缘化了的学科。任何其他环境学科的理论、观点、概念必须经过法学的筛选才能成为环境法学的一部分。作者坚持法学的分析方法,在法学的框架内吸收相关环境学科的理论,摒弃其中的非法学成分,以保持环境法的法学属性。

——价值的还是工具的?

环境法产生的直接目的是应对环境问题,在这个意义上,环境法是解决环境问题的制度工具。但仅仅停留在工具层次无法真正解决环境保护中的各种矛盾,也难以实现保护环境的目标。因此,环境法不仅是应对环境问题的制度工具,更应该是人与自然关系以及与自然环境中的人与人关系的规范准则,具有鲜明的价值目标。本书以环境公平为准则来指导环境法制度的设计,强调的就是环境法的价值属性。从本质上看,环境法应当是目的性而非仅仅是工具性的。

——综合的还是独立的？

门户之争历来是并将继续是困扰环境法发展的一个基本问题。环境法作为一个学科得到承认并没有解决这个问题：环境法是公法、私法制度的综合，还是具有自身独特的制度？本书以环境资源的配置为主线，勾画了从政府对环境资源的宏观管理和总量控制、环境资源使用权的具体分配到个体对环境资源的使用和转让的制度体系，从其相互关系、内在统一的特征来看，形成了环境法自身独特的制度体系。从这个角度可以看到环境法的独立性。

可以肯定，答案仅仅是初步的，研究更是刚刚起步。期待着作者怀着一颗对学术不懈追求的恒心，给我们更真更深刻的答案，给环境法理论更新更广阔的视野，给环境法树更多更丰硕的果实。

吕忠梅

2008年6月29日于北京

目 录

小树慢慢长(代总序)	1
序	1
导 论 环境法研究视角的转变	1
第一章 环境法的公平价值及其实现	13
第一节 环境法的公平价值	13
第二节 通过环境资源配置实现环境公平	25
第二章 环境资源的客体地位	36
第一节 环境资源客体地位的再认识	36
第二节 环境资源法律关系客体地位的确定	46
第三节 明确环境资源为法律关系客体的意义	52
第三章 作为法律关系客体的环境资源	54
第一节 环境资源的概念和特征	54
第二节 环境资源的分类	62
第三节 环境资源的特定化和支配方式	73

2 公平的环境法：以环境资源配置为中心

第四章 环境资源的公共管理	82
第一节 环境资源公共管理的主体	82
第二节 环境资源政府管理的方式	98
第三节 环境资源政府管理程序的特点	120
第四节 主要环境资源的政府总量控制	124
第五节 社会团体在环境资源公共管理中的作用	134
第五章 环境资源的分配	139
第一节 环境资源分配概述	139
第二节 环境资源分配的原则	143
第三节 环境资源分配的方式	151
第六章 环境资源的利用和流转	164
第一节 环境资源使用权的概念辨析	164
第二节 环境资源使用权的行使	178
第三节 环境资源使用权交易	188
结 语 客体视角的局限性	193
后 记	194

导 论 环境法研究视角的转变

作为新兴的部门法,环境法的产生和发展既是理论创新的典范,也始终面临着理论创新的压力。到目前为止,环境法的重大发展无疑都具有重要的理论创新意义;但是,不管是以其他法律学科的理论体系为参照对环境法进行审视,还是从环境法在指导环境保护的实践中所达到的效果看,其理论体系都不能称为完善。

公私法融合的思路和公共利益保护的思路都是环境法体系构建的合适理论路径,但在具体制度设计时都不免显得有些抽象和不易把握。既然环境问题^{〔1〕}的根源在于环境资源的开发利用;那么,从环境资源切入环境法律机制的研究,以客体为中心、以环境资源的公平配置为主线来整合环境法律制度,将政府对环境资源管理和分配、私人对环境资源的利用联结为统一的整体进行环境法体系的构建,如果不是最便捷、最有效的途径,至少也是一个有意义的视角。本书试图沿着这一思路进行探索,以期对环境法的理论研究特别是体系的完善提供一个新的视角。

一、环境法理论的创新

(一)创新的环境法发展的需要

环境法学的发展起源于20世纪60年代的西方发达国家,它是人

〔1〕 从法律调整的角度能够考虑解决的是人类活动引起的环境问题,对自然灾害只能规避。因此,如没有特别指明,本书所称环境问题指第二环境问题,即“因人类的生产和生活活动违背自然规律,不恰当地开发利用环境所造成的环境污染和环境破坏”。关于环境问题的分类参阅吕忠梅:《环境法新视野》,法律出版社2000年版,第15页。

2 公平的环境法:以环境资源配置为中心

类在运用传统方法和手段仍不能遏制环境污染和生态破坏从而大量进行环境立法的背景下,从传统部门法学分离、发展起来的一门新兴法学学科。^{〔1〕}我国环境法学的发展也是始于应对环境污染而进行的环境立法的过程中,是环境问题日益严重的形势下法律学科做出适应性调整的产物。经过几十年的发展,环境法理论取得了令人欣慰的成果,关于环境法的调整对象、基本原则、价值观、目的论以及公民环境权和国家环境管理权等理论都在一定程度上达成了共识,逐步形成了完整的环境法理论体系,并以这些理论为依托创建了若干独特的环境法律制度。

由此可以明显看到环境法的两个特点:

第一,从环境法学科形成开始,其目的就是明确的:应对日益严重的环境问题、保护和改善环境。西方国家在20世纪五六十年代、我国在七八十年代,环境污染和破坏逐渐成为一个严重的社会问题。由此而产生的矛盾和纠纷是传统部门法所未能预料和无法应对的,法律的调整范围、调整方法和规范的设计都需要做出相应改变。这首先体现在民法中侵权行为法的变革,将环境污染作为一种特殊的侵权行为进行规范;民法制度也不敷使用时,扩大行政管理的范围和手段,以行政权力保护环境,发展了环境行政法律制度。之后,有关环境保护的法律制度逐渐独立并整合为独立的部门法,提出了环境法的概念、调整对象、目标、原则等基本范畴,并以公民环境权和国家环境管理权为基础来构建环境法律体系。环境法产生的特定基础决定了其目的就是解决日益严重的环境问题、保护和改善环境。一切环境法的理论研究和制度设计都应当围绕这个目的展开,并以解决人类面临的环境问题为最高使命,这一点是下文的讨论始终隐含的前提。

第二,环境法的产生和发展本身就是一个创新的过程。如果既有的传统法律制度可以在环境问题面前从容应对,通过具体规范的适当调整在不改变自身制度框架的范围内解决环境问题;那么,就没有环境

〔1〕 金瑞林、汪劲:《20世纪环境法学研究评述》,北京大学出版社2003年版,第1页。

法产生的必要。作为法律理论创新的结果,在寻找并形成应对环境问题的稳定而有效的法律体系和制度之前,环境法始终需要在其他部门法理论不曾涉足的领域探索;即使在理论和制度都成熟后,也必然随着客观情况的变化而不断发展、更新。环境法的新兴部门法属性,决定了它相对于理论比较完善的传统部门法而言更需要真正的理论创新而不是局部的更新。由于受到传统的限制和约束更少,环境法的创新更加容易,但也更可能误入歧途;因此,需要寻找恰当的理论依托,时刻牢记环境法的目的和使命并更加谨慎从事。

因此,环境法体系的创新是实现环境法目的的需要,也是环境法学发展和作为一个部门法学科存在的需要。

(二)环境法创新的基础和限制

环境法的产生本身反映了传统法学理论的贫乏和制度的僵化,因此,环境法的研究也更习惯于从法学以外的学科获取支持和灵感。自然哲学、环境伦理学、生态学、环境经济学、环境社会学乃至宗教和自然科学都成为环境法研究的重要思想资源,^[1]而且确实曾经并将继续在环境法的理论研究和发展中发挥积极作用。

但是,更重要的是将环境法作为法律和法学来研究和对待。法律在社会调整中的基础性作用是无可取代的,是规范人的行为、解决矛盾和纠纷的基本手段。在环境问题不能得到妥善解决时,人们寄望于法律的变革和出场,这本身说明了法律在解决环境问题中的价值。因此,环境法的研究应当始终反映其作为一个法律学科或部门的性质和基本特征,对法学以外学科的参考和借鉴不应当成为环境法研究的本体和中心。

环境法体系的构建要在对法律理论体系进行革新的基础上进行,但不应当完全突破该体系。这就要求做到以下两点:

[1] 特别是在环境法基础理论的研究中,以法学以外的学科的理论为出发点和分析框架相当普遍,如经济学的效益分析、生态伦理学的道德分析都经常被作为环境法理论论证的基础和手段。从环境法学者的立场,在传统法学著作不能为其提供解决问题的思路和引起思想上的共鸣时,转而求助于其他学科的理论是自然的。

4 公平的环境法:以环境资源配置为中心

第一,坚持法律关系的分析框架。法律关系理论是法学的核心理论之一,它建立在主客体对立的哲学观点和法律只调整主体之间的社会关系这一观点的基础之上。而环境法对自然环境的关注引入了一个传统法学未曾面对过的问题:法律是否调整人与自然的关系?无可否认的是,环境法所要应对的环境问题就是人与自然的关系问题,保护和改善环境就是对人与自然和谐关系的追求。在这个意义上,环境法就“是”而不是“可以”调整人与自然的关系。但是,如果认为环境法调整人与自然的关系,就必须回答:这样的调整如何在法律的制度设计上体现?传统法学立足于规范主体的行为进而实现对主体间关系的调整。在人与自然的关系中,不能寄希望于自然“主动”调整自身以适应人类的需要,至少在目前的理解层次上,人与自然关系的和谐还只能依靠人类调整自身行为以适应自然规律。因此,所谓法律对人与自然关系的调整事实上仍是规范和约束人的行为以实现两者的和谐相处,与法律调整其他社会关系的不同仅在于:这种调整要想达到预期目的必须以人对自然规律的认识、尊重和适当利用为前提。一切的社会关系都是伴随着一定的物质因素的,^[1]不能因为环境保护关系中自然的地位比较突出就将其作为调整的对象。因此,环境法调整的是人与人之间的社会关系。环境法律关系的特征之一是通过人与人的关系体现人与自然的关系。^[2]

在此强调法律关系理论的目的在于,从主体方面难以将环境法律关系与行政和民事法律关系进行明确的区分时,^[3]从法律关系的客体进行考察也许是认识环境法律关系进而构建环境法体系的可能途径。

第二,继承法学的基本概念。法学概念是建立法学理论体系的基础。无可否认,基本法学概念的数量和内涵都是随着社会生活和认识

[1] 潘中伟:“认识论终结了吗——对超越主客体对立的质疑”,载《学术研究》2004年第5期。

[2] 金瑞林主编:《环境法学》,北京大学出版社1999年版,第42页。

[3] 事实上,由于环境法在理念上的先进性没有转化为有创意的具体制度,在不少其他部门法学者看来,环境法就是统一于环境保护目标下的环境行政法与环境侵权法,与行政法和民法的区别在于目的而不在于内容。

的发展而不断发展和完善的,这也是我们强调环境法的创新价值的原因所在。但一个学科的发展必须具有连续性,环境法作为法学的一个分支学科,其理论只有建立在继承传统法学概念的基础上才能成其为一个法学部门。将其他学科的概念不加改造地直接应用于环境法的研究,必将减损环境法的法学特征,模糊其学科性质和地位;离开对基本法学概念核心内容的继承,环境法将不成其为“法”。

因此,环境法创新的基础是基本的法学理论,环境法是在继承现有法学知识的基础上适应社会生活的变化而产生的一个部门法学知识体系;环境法创新的界限也正是法学知识框架的限制,超出法学范围、丧失法学核心特征的理论不能称为法学理论。我们承认,环境法理论对于传统法学理论的冲击和影响也许将引领法学理论发展的方向和潮流,进而完成对法学理论的改造。但也必须认识到,目前环境法理论在法学理论中还处于边缘地位,离主流地位还相当遥远,并不具备主导法学理论的条件,甚至无法与主流法学理论相抗衡。在一定意义上,环境法学的发展面临方向性的选择:向法学回归还是继续游离于法学的在缘。选择前者,就是立足于法学基本理论进行环境法理论的创新,确立环境法的“法学”地位,在法学领域获得认可、发挥影响;选择后者,过多吸收和利用其他学科的概念和理论,而置主流法学理论的基本范畴于不顾,就将与法学渐行渐远,继续在各学科边缘游荡,成为学科丛林中的“孤魂野鬼”。

生态性、技术性、综合性等都是环境法的重要特征,但我们谈论这些已经够多了。坚持环境法的法学性质,继承和发展法学基本理论来构建环境法体系,使环境法不仅具有法学的外表更具有法学的本质特征,才是环境法发展的合理选择;为环境保护的各项制度提供框架性和可操作性的指导,建立可行的法律制度,才是环境法作为一个部门法学的基本任务。

二、环境法研究的客体视角

(一)从主体视角到客体视角

简单来说,环境法就是解决环境问题的法律制度和具体规则。这